

# DA EFICÁCIA E PERMANÊNCIA, NO CURSO DO PROCESSO, DAS MEDIDAS DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA

# 1

**ATHOS GUSMÃO CARNEIRO**

Presidente do Conselho do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Ex-Desembargador do TJRS. Ministro aposentado do STJ. Advogado e Consultor.

**ÁREA DO DIREITO:** Processual

**RESUMO:** O autor estuda, de modo quase que exauriente, o destino das medidas de antecipação dos efeitos da tutela no curso do processo. Aborda inúmeros possíveis desdobramentos, como, por exemplo, o proferimento de sentença processual (art. 267, CPC), a interposição de recurso especial e/ou extraordinário, para, à luz destes acontecimentos, concluir quanto ao que ocorre com a medida concedida.

**PALAVRAS-CHAVE:** Antecipação de tutela – Medidas de urgência – Medida cautelar – Eficácia prática – Sentença – Recurso – Permanência da medida.

**RIASSUNTO:** L'autore studia, in modo quase completo, il destino dei provvedimenti d'urgenza anticipatori, durante il processo. Tratta dei vari sviluppi possibili, come, per esempio, l'avvenimento di una sentenza che non decide la lite, la presentazione di un ricorso davanti una delle corti superiori, per domandarsi cosa accade con il provvedimento d'urgenza.

**PAROLE CHIAVI:** Anticipazione della tutela – Provvedimenti d'urgenza – Misure cautelari – Efficacia pratica – Sentenza – Ricorso.

1. Passamos a discorrer, de forma sintética, sobre o tema, sempre atual e de relevante interesse para os operadores do direito, da *eficácia e da permanência, no curso do processo, das medidas antecipatórias dos efeitos da (aguardada) futura sentença de procedência da demanda*.

Em primeiro lugar, apreciando as “tutelas diferenciadas” (que o Projeto de novo Código de Processo Civil classifica como “tutelas de urgência” e “tutelas da evidência”), vale distinguir as *medidas cautelares* – voltadas a assegurar os

efeitos práticos da sentença, das *medidas antecipatórias da tutela*, as quais importam em outorgar total ou parcialmente ao autor, embora a título provisório, o bem da vida que o mesmo pretende obter no processo de conhecimento.

2. As medidas cautelares *stricto sensu* são naturalmente destinadas a serem “incorporadas” ao processo principal (caso, v.g., das tomadas de prova *ad perpetuam rei memoriam*), ou a perderem sua eficácia após a sentença de procedência ou improcedência da pretensão de mérito na ação principal. Assim, julgada improcedente a ação reipersecutória, ter-se-á por revogado o sequestro do bem litigioso; ou, se procedente a demanda, a medida cautelar de sequestro será “absorvida” pelo cumprimento do mandado de imissão de posse – se bem imóvel, ou mandado de entrega – se bem móvel.

As medidas cautelares, portanto, caracterizam-se “pela absoluta impossibilidade de se tornar a solução definitiva da situação litigiosa” (José Roberto Bedaque, em estudo coordenado por Teresa Arruda Alvim Wambier, *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Ed. RT, 1997, p. 224). As medidas cautelares são temporárias, pois têm em si mesmas duração limitada, e temporários são também seus efeitos; já as antecipações de tutela são provisórias, “duram até que sobrevenha um aguardado evento sucessivo, no caso a sentença que, caso seja de procedência, irá ‘incorporar’ tais efeitos” (Ovídio Baptista da Silva, *Curso de processo civil*, 3. ed., São Paulo: Ed. RT, 2000, vol. III, p. 63 e ss.).

3. As *antecipações dos efeitos da tutela*, por sua natureza *satisfativa*, são deferidas sob a razoável expectativa de uma futura “conversão” da satisfação provisória em satisfação definitiva. Como ensina Arruda Alvim,

“a medida cautelar é, por definição, provisória; a tutela antecipatória é provisória, mas tende a ser definitiva. Aquela será superada com a sentença final, i.e., será ‘absorvida’; a tutela antecipatória, ao que tudo indica, carrega a expectativa de vir a ser confirmada pela sentença final” (*Manual de direito processual civil*, 10. ed., São Paulo: Ed. RT, 2006, vol. 2, p. 380).

Assim, a antecipação de tutela tem por conteúdo providência capaz de tornar-se definitiva com a sentença de procedência da ação; na lição de Mandrioli, a antecipação “investe, almeno in parte, la medesima materia che costituirà oggetto di quella sentenza” (Crisanto Mandrioli, *Per una nozione strutturale dei provvedimenti anticipatori o interinali. Rivista di Diritto Processuale*, Padova, 1964, p. 558). Conforme Teori Zavascki: “É a tutela definitiva, com a qual mantém elo de referência, que dá à tutela provisória sua razão de ser” (*Antecipação de tutela*, 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 36).<sup>1</sup>

1. Como escreveu Calamandrei, “temporal es, simplemente, lo que no dura siempre; lo que, independientemente de que sobrevenga otro evento, tiene por si mismo dura-”

Diga-se, aqui, que o *discrímen* entre as medidas apenas *cautelares* e as medidas de *antecipação de tutela* foi uma das melhores e mais exitosas conquistas do moderno direito processual brasileiro: percebe-se, desde logo, a profunda diferença entre as providências que objetivam apenas garantir a *justiça* e a *eficiência prática* da futura (provável) sentença de procedência, e aquelas providências que *antecipam*, integrando-o no patrimônio jurídico do autor, *exatamente o bem da vida por ele postulado*. Uma coisa é *proteger* a eficácia da sentença a ser proferida; outra, substancialmente diversa, é *realizar* desde logo, embora provisoriamente, a pretensão manifestada pelo autor em seu pedido.

Após a reforma de 1994, com a nova redação do art. 273 do CPC, operou-se a *purificação* do processo cautelar, o qual readquiriu sua finalidade clássica, a de instrumento para obtenção de medidas adequadas a tutelar o direito sem, contudo, satisfazê-lo. No dizer do saudoso Ovídio Baptista da Silva, da reforma resultou “um importantíssimo avanço no rumo de uma maior efetividade da tutela processual” (*Da sentença liminar à nulidade da sentença*, Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 180).<sup>2</sup>

4. O provimento de primeiro grau, relativo à antecipação de tutela, é suscetível de modificação, *no curso do processo*, por duas vias:

a) por *nova decisão do magistrado* singular, após pedido da parte para a revogação ou modificação da anterior decisão deferitória da tutela, ou para a concessão da tutela antes denegada;

b) mediante o *recurso de agravo de instrumento*, tendo então o relator oportunidade de, liminarmente, antecipar a tutela recursal (*feito ativo*);

Ponderemos ainda que, quando concedida em procedimento *preparatório*, cessa a eficácia da medida se a parte não intentar a ação principal no prazo de 30 dias (art. 808, I, CPC).

---

ción limitada; provisorio es, en cambio, lo que está destinado durar hasta tanto que sobrevenga un evento sucesivo, en vista y en espera del cual el estado de provisoriedad subsiste durante el tiempo intermedio” (*Introduzione allo Studio Sistemático dei Provvedimenti Cautelari*, trad. espanhola, Buenos Aires, 1945, p. 36).

- Giuseppe Tarzia, em estudo citado por Humberto Theodoro Júnior, menciona que a antecipação da tutela adquiriu foros de generalização nos países europeus: “In Germania, in Francia, in Svizzera, in Austria, in Grecia, in Italia, da ultimo anche in Spagna, ci si è spinti fino ad ammettere ch la mistura di urgenza possa tal volta anticipar ela sentenza definitiva, cioè accordare al richiedente, dal punto de vista degli effetti, la medesima tutela, che otterrebbe, se riuscisse vittorioso, attraverso la procedura ordinaria” (Theodoro Júnior, *Tutela antecipada*, da coletânea *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela* cit., coordenada por Teresa Arruda Alvim Wambier).

Parte da doutrina considera que a revogação ou alteração da decisão relativa à tutela antecipada, pelo próprio juiz, teria como pressuposto uma mudança das circunstâncias, sendo que por novas circunstâncias, segundo Marinoni, dever-se-á entender não apenas a alteração da situação de fato que justificara a decisão anterior (concessiva ou denegatória da antecipação) como ainda o *surgimento*, derivado do desenvolvimento do contraditório, de novas evidências (provas) acerca da mesma situação de fato. Para Araken de Assis, todavia, “há de surgir fato novo, pois é manifesta a inconveniência de o juiz, a seu talante e de conformidade com os humores do momento, conceder o bem da vida para retirá-lo logo depois ou vice-versa” (em Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.), *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*, cit., p. 31).

5. Rogo vênha, neste passo, para discordar da tese de que somente possa ocorrer nova decisão diante de fatos ou provas supervenientes. Tendo o juiz deferido, ou denegado a medida com base em exame liminar da *prova inequívoca* e do *juízo de verossimilhança*, apresenta-se perfeitamente possível, e na prática bastante frequente, que dos fundamentos da contestação ou da réplica, da força de convicção dos novos argumentos trazidos pelas partes, chegue o juiz à conclusão de que se equivocara, ou de que seu antecessor se havia equivocado, no relativo à matéria; e a hipótese não será incomum, máxime quando o juiz é instado a rever a decisão proferida por outro magistrado (como, digamos, por juiz “plantonista”, que por vezes decide sob o signo de excessiva pressa). Não nos parece, portanto, razoável nem conveniente ao superior interesse da Justiça, que o *juízo de mera retratação* somente possa ser exercido pelo magistrado caso interposto agravo.

No magistério de Teori Zavascki, se “em novo juízo sobre a verossimilhança do direito, motivado pelo aprofundamento da investigação probatória ou mesmo pelo reexame da questão jurídica, se convencer o juiz da inverossimilhança total ou parcial do direito que antes lhe parecia verossímil (tanto que ensejou a antecipação da tutela), então sim a medida poderá ser revogada inteiramente ou modificada parcialmente, de modo a adaptá-la à nova situação” (op. cit., p. 136).

Estas considerações gerais apresentam-se sumamente pertinentes quando examinamos o tema relativo à *influência da sentença de mérito* – ou seja, de procedência ou improcedência do pedido – e de *subsequentes recursos dela interpostos, no relativo às medidas de urgência deferidas no decorrer no processo*.

6. Cumpre, de início, ponderar sobre a(s) eficácia(s) da *sentença ou do acórdão de procedência*, naturalmente dependente(s) da natureza e do âmbito do pedido. Assim, se o autor pretende, como bem da vida, a *certeza* sobre a existência, inexistência ou modo de existir de uma relação jurídica, a sentença de

procedência terá eficácia preponderantemente *declaratória*; se o bem da vida pleiteado é a “extinção, modificação ou criação de uma relação jurídica”, a sentença de procedência terá preponderantemente eficácia *constitutiva*; se o bem da vida almejado é uma *prestação* (de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia) a cargo do réu, a sentença condenatória, consideradas as alterações estruturais trazidas pela Lei 11.232/2005, terá eficácia preponderantemente *mandamental e executiva*.<sup>3</sup>

Como já tivemos oportunidade de afirmar, em sendo caso de *sentença de procedência*, a *satisfação* já efetivada mediante o instituto da antecipação de tutela, “incorpora-se” à eficácia de declaração (capaz de gerar a coisa julgada material) contida sempre na sentença; assim, a *provisoriidade* na outorga do bem da vida é substituída pela *definitividade* e a eventual execução provisória da antecipação de tutela (art. 273, § 3.º, CPC) irá convolar-se em execução definitiva.

Como bem refere Marinoni, “quando ocorre o trânsito em julgado da sentença antes da plena realização do direito, a sentença de cognição exauriente e definitiva empresta carga declaratória à decisão proferida com base em cognição sumária, transformando a tutela antecipada em tutela final”; assim, a *execução* deve prosseguir como definitiva, “porque o direito em que se funda já foi declarado com força de coisa julgada material” (*A antecipação da tutela*, 10. ed., São Paulo: Ed. RT, 2008, n. 4.9, p. 166).

7. Todavia, em sobrevivendo *sentença de improcedência*, surge o antagonismo “lógico” entre os fundamentos do deferimento da antecipação provisória do bem da vida, e os fundamentos pelos quais resultou denegado, após a cognição exauriente, o pedido do autor à outorga do mesmo bem.

Assim, sustentam vários autores que em tal caso terá desaparecido o *juízo de verossimilhança* e, destarte, a antecipação de tutela deve considerar-se automaticamente revogada, restituindo-se as partes ao estado anterior (aplicação, por extensão, da Súmula 405 do STF).

- 
3. Lembremos que, pela nova sistemática, a *condenação* passou a representar uma *ordem* dirigida pelo juiz ao réu no sentido de que efetue a prestação pretendida pelo autor – na doutrina germânica, vide Leo Rosenberg e Karl Heinz Schwab, *Zivilprozessrecht*, 11. ed., Munique: Beck’sche Reihe, 1974, § 93, I, 1, p. 461. A ação de conhecimento com pedido de prestação é, destarte, agora exercida não só para permitir o julgamento do pedido formulado na inicial, “como para exigir o uso dos meios executivos capazes de propiciar a obtenção da tutela do direito reconhecido pela sentença como devido ao autor” (Luiz Guilherme Marinoni, *Teoria geral do processo*, São Paulo: Ed. RT, 2006, vol. I, p. 265).

No magistério de Barbosa Moreira, “pelo menos em linha de princípio, com o julgamento desfavorável de mérito, já não se afigura razoável que o autor continue a desfrutar do benefício proporcionado pela antecipação de tutela, a qual deve ter-se por automaticamente revogada, embora convenha, para evitar dúvidas, que o juiz a revogue de modo expresse na sentença” (artigo Antecipação de tutela: algumas questões controvertidas, na *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, n. 13, p. 10. São Paulo: Síntese, set.-out. 2001). O notável jurisperito, todavia, anota que, de qualquer maneira, e embora cessado com a sentença o benefício da antecipação, com renovados argumentos “não fica o autor impedido de requerê-lo outra vez, perante o tribunal” (idem, p. 11).

Também assim Teori Zavascki, com a assertiva de que a sentença de improcedência “acarreta por si só, independentemente de menção expressa a respeito, a revogação da medida antecipatória, revogação que tem eficácia imediata e *ex tunc*, como ocorre em situação análoga, de sentença denegatória do mandado de segurança” (op. cit., p. 137).

Portanto, em princípio a sentença de *improcedência da demanda* (com sua preponderante eficácia declarativa) tornará sem efeito a medida liminar de antecipação dos efeitos da tutela. Isso porque “a decisão provisória, calcada na cognição sumária dos fatos, não se pode sobrepor à declaração (...) após cognição exauriente, de que o autor não tem razão. O que não significa, enfatizemos, que o autor não disponha de instrumentos para restaurar os efeitos práticos da decisão até o julgamento da apelação” (Eduardo Arruda Alvim, *Antecipação de tutela*, Curitiba: Juruá, 2008, p. 255-256).

E, realmente, não seria possível subtrair ao autor o uso de instrumento processual adequado *para restaurar a eficácia da liminar*, mais ainda quando se cuidar de ação de mandado de segurança, sob embasamento constitucional.

8. Certo é, no entanto, que em muitos casos poderá o magistrado (=deverá), embora haja prolatado sentença de improcedência da demanda, decidir pela *manutenção da antecipação de tutela na pendência de eventual recurso*, assim o declarando expressamente na sentença. Por exemplo, se profere julgamento ciente de que o faz em contrariedade à orientação prevalecente nas instâncias superiores e, portanto, apresenta-se como provável a modificação do decidido; ou em certas situações de exceção, em que acentuado o perigo de dano e/ou realmente relevantes os argumentos de direito lançados pelo recorrente.

Esta foi a posição do saudoso mestre Ovídio Baptista da Silva, com a ponderação de que a revogação do provimento liminar poderá deixar o direito litigioso sem qualquer proteção durante a (geralmente demorada) tramitação do recurso, “de forma que a reforma da sentença, nos graus superiores de jurisdição, poderia deparar-se com uma situação de prejuízo irremediável ao direito



somente agora reconhecido em grau de recurso”; em tais condições, recomendava o notável processualista que o magistrado mantenha a eficácia da medida liminar, não obstante o julgamento posterior divergente, e isso até o trânsito em julgado da decisão a ser proferida no juízo *ad quem* (*Curso de processo civil...* cit., p. 124).

A tendência da doutrina italiana, lembra Marinoni, parte da negativa de contradição entre a afirmativa, na sentença, da inexistência do direito pleiteado e a concomitante manutenção de tutela liminar, porquanto tal afirmativa não elimina o perigo de dano: “De fato, caso o tribunal reforme a sentença que implicou a revogação da tutela antecipada, e o ato contrário ao direito ou dano já tenham ocorrido, o autor não terá obtido tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tem o direito de obter” (Luiz Guilherme Marinoni, *Antecipação da tutela...* cit., n. 4.9, p. 167).

9. Neste passo, impende lembrar, quanto aos efeitos dos recursos, que pelo efeito *devolutivo* a matéria objeto de julgamento em determinado nível jurisdicional é “transferida”, na medida da inconformidade (que pode ser apenas parcial – *tantum devolutum quantum appellatum*), ao órgão julgante *ad quem*.

Segundo alguns autores, não haveria efeito devolutivo quando o novo julgamento deva ser efetuado pelo mesmo órgão (como, v.g., nos embargos de declaração); para a doutrina dominante, todavia, o efeito devolutivo ocorre mesmo nesses casos (Rodrigo Barioni, *Efeito devolutivo da apelação civil*, São Paulo: Ed. RT, 2007, p. 39-41; Ricardo de Carvalho Aprigliano, *A apelação e seus efeitos*, São Paulo: Atlas, 2003, p. 108 e ss.).

Embora como regra a apelação produza o duplo efeito, vários são os casos em que se reveste de efeito apenas devolutivo, inclusive em muitas leis extravagantes.<sup>4</sup>

10. Caso o recurso seja também dotado de *efeito suspensivo*, sua interposição *suspende a eficácia da decisão recorrida*, seja ela eficácia declaratória, constitutiva ou de formação de título executivo (suspende a eficácia preponderante e suspende as eficácias secundárias).

4. Estará o juízo de primeira instância realmente “devolvendo” ao tribunal o conhecimento da causa? Devolve-se aquilo que se recebeu. A expressão *devolutivo* tem origem histórica, é dos tempos em que o poder de julgar integrava a *soberania* inerente ao Rei, que o delegava a seus juízes; assim, por meio do recurso, a jurisdição era no caso concreto “devolvida” ao soberano, diretamente ou na pessoa dos juízes superiores que o representavam. Atualmente, embora nos Estados de Direito todos os juízes recebam o poder jurisdicional da Constituição, a expressão está consagrada e não teria maior sentido mudá-la.

No direito processual brasileiro o recurso de apelação mantém, salvo casos expressos, o duplo efeito – devolutivo e suspensivo (art. 520, CPC). Costuma-se referir que será suspensa “a execução” (*rectius*, o cumprimento da sentença); mas, como com a habitual precisão ensinou Barbosa Moreira,

“as decisões meramente declaratórias e as constitutivas, que não comportam execução (no sentido técnico do direito processual), também podem ser impugnadas mediante recursos de efeito suspensivo. Salvo exceção consagrada em lei (...) a suspensão é de toda a eficácia da decisão, não apenas de sua possível eficácia como título executivo” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, 16. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2012, n. 143, p. 257-258) (grifos do original).

Já o dissera Pontes de Miranda: “O efeito suspensivo não atinge somente as sentenças de condenação. Sentenças mandamentais, constitutivas e declarativas também são atingidas em sua força ou em seus efeitos pelo efeito suspensivo que tenha a apelação (...). As próprias sentenças condenatórias são atingidas em sua força de condenação pelo efeito suspensivo que a apelação tenha” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, t. VII, p. 194).

Notemos, ainda, que a expressão *efeito suspensivo* é de certo modo equívoca, eis que mesmo antes da interposição do recurso, e pelo simples fato de estar-lhe sujeita, a sentença era ato ainda ineficaz; assim, a interposição apenas prolonga tal ineficácia, que cessaria se o vencido “não interpusesse o recurso” (José Carlos Barbosa Moreira, op. cit., p. 258).

Interposta apelação sob duplo efeito, *suspensas portanto ficarão* (= *mantêm-se suspensas*) *as cargas de eficácia da sentença apelada*, quer no plano da declaratoriedade, como da constitutividade, como das cargas inerentes à condenação (mandamentalidade e executoriedade).<sup>5</sup>

11. Vamos supor que em determinado processo, o magistrado haja proferido *sentença de improcedência*, e no *decisum* expressamente *revogado* a liminar antecipatória. Logo após, recebe a apelação sob o *duplo efeito*.

*Quid iuris?* Caiu de vez a liminar antecipatória? Ou terá sido mantida a liminar como consequência do *duplo efeito* atribuído à apelação?

Como assevera Barbosa Moreira, a sentença sujeita a recurso é um ato condicionado, sob condição *suspensiva*. Assim, “a decisão nasce com todos os requisitos essenciais de existência, mas, de ordinário, tolhida em sua eficácia; a não superveniência de outro pronunciamento, na instância recursal, é a condi-

5. Cumpre anotar que pelo Projeto de Novo Código de Processo Civil, em discussão no Congresso, os recursos em princípio não suspenderão a eficácia da decisão recorrida.



ção legal negativa cujo implemento lhe permite irradiar normalmente os efeitos próprios. *Tal condição pende, enquanto subsiste a possibilidade de proferir-se decisão de grau de recurso*; verifica-se, quando semelhante possibilidade fica em definitivo afastada; falta, quando o órgão *ad quem* emite validamente nova decisão, quer para confirmar, quer para reformar a anterior” (op. cit., n. 136, p. 235) (grifamos).

12. É razoável a proposição de que a sentença de *improcedência da demanda* deva, em tese, implicar – mesmo que a esse respeito seja omissa o dispositivo sentencial – na *revogação* da decisão antecipatória de tutela (com a volta das partes ao estado anterior); todavia, esse efeito “desconstitutivo” da sentença não pode operar, parece-nos evidente, *quando a própria eficácia da sentença houver sido suspensa (= mantida suspensa) pela interposição de recurso naturalmente dotado de efeito suspensivo, ou ao qual a autoridade jurisdicional (de primeiro ou de segundo grau) haja atribuído efeito suspensivo*.

Cassio Scarpinella Bueno expõe com muita precisão as várias questões vinculadas ao tema. Em suma, parte da afirmativa de que, por mais paradoxal que possa parecer, quando o juiz sentencia em desfavor do autor, e por isso mesmo cassa a tutela anteriormente concedida, *a sua decisão, mercê do efeito suspensivo da apelação, não adquire imediata eficácia*:

“Não é que a sentença, fundada em cognição exauriente, não tenha a aptidão de revogar (...) a decisão que antecipou a tutela, fundada em cognição sumária. Não há dúvida de que há tal revogação. O problema, entretanto, não é atrelado à existência ou validade da sentença, mas, bem diferentemente, atrelado à sua eficácia. A dificuldade é saber a partir de qual momento a revogação da tutela antecipada pela sentença é eficaz, a partir de quando ela, a sentença, pode produzir seus regulares efeitos, ocupando o espaço até então ocupado pela tutela antecipada. Se há efeito suspensivo da apelação, os feitos da sentença não são imediatos, inclusive o relativo à revogação da tutela antecipada pelo seu proferimento.”

Assim, o ilustre processualista sustenta, a nosso sentir com irrefutáveis argumentos, que mesmo nos casos de sentença de total improcedência da demanda, o efeito suspensivo da apelação terá o condão de impedir que a sentença possa ter efeitos imediatos e, nessa medida, a própria não confirmação da tutela antecipada é ineficaz: “sua revogação, embora tenha ocorrido, não pode produzir efeitos imediatos no mundo jurídico” (*Tutela antecipada*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2007, n. 10.1.3 e 10.1.4., p. 86-88).

13. Tema correlato, o relativo a saber *em qual, ou em quais momentos processuais a antecipação dos efeitos da tutela pode ser concedida?*

Como, aliás, referimos em sede doutrinária (*Da antecipação de tutela*, 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010, n. 60 e ss.), pode ocorrer, e com frequência, que a antecipação seja postulada mesmo *antes do ajuizamento da demanda*, em procedimento *preparatório* (v.g., sustação de protesto cambial), com aplicação analógica das normas atinentes às medidas cautelares preventivas (antes da distinção mais precisa entre as medidas cautelares e as medidas antecipatórias, tais pedidos costumavam ser rotulados, impropriamente, como *cautelares inominadas*).

De regra, todavia, é na própria *petição inicial* que o demandante, afirmando a verossimilhança de seu alegado direito e o perigo de dano ocorrido ou iminente, postula a antecipação (total ou parcial) dos efeitos (no plano dos fatos) da tutela a ser concedida na futura (provável) sentença de procedência, e assim o juiz poderá de imediato e liminarmente deferir (ou denegar) a pretensão (art. 273, CPC).

Caso venham a surgir apenas posteriormente os pressupostos de sua concessão, nada impede seja a medida antecipada *no curso do processo*, na fase de saneamento ou durante a instrução.

14. A moderna doutrina, bem como a jurisprudência, afirmam a possibilidade de o juiz conceder a tutela antecipada inclusive quando da própria *sentença de mérito*: “Aliás, a antecipação concedida na própria sentença tem como consequência exatamente retirar o efeito suspensivo da apelação. No que diz respeito aos efeitos antecipados, o julgamento é imediatamente eficaz, ainda que suscetível de apelação” (José Roberto Bedaque, *Tutela cautelar e tutela antecipada – Tutelas sumárias e de urgência*, 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 371).

No mesmo diapasão o C. STJ: “Tutela antecipada. Sentença. Embargos de Declaração. A tutela antecipada pode ser concedida na sentença ou, se omitida a questão anteriormente proposta, nos embargos de declaração. Art. 273 do CPC” (REsp 279.251/SP, 4.<sup>a</sup> T., j. 15.02.2001, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar). Idem a 3.<sup>a</sup> T.: “A Corte admite o deferimento da tutela antecipada por ocasião da sentença, não violando tal decisão o art. 273 do CPC. Recurso especial não conhecido” (REsp 473.069/SP, 3.<sup>a</sup> T., j. 21.10.2003, rel. Min. Menezes Direito).

Em tais casos, havendo urgência que a legitime, a concessão da antecipação como um dos *capítulos* da sentença implica em que o recebimento da apelação, em tal matéria, será feito tão somente com o efeito devolutivo (Nelson Nery Jr., em Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.), *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela* cit., p. 407).<sup>6</sup>

6. Cumpre sublinhar que quando a antecipação é concedida na própria sentença, como um de seus capítulos, o recurso único cabível é o de apelação: “(...) na unidade for-

No dizer de Cassio Scarpinella, “tutela antecipada na sentença equivale à possibilidade de o autor beneficiar-se de seus efeitos de modo imediato, independentemente da interposição de um recurso”, explicitando que essa forma de entendimento do instituto corresponde a uma verdadeira *retirada* do efeito suspensivo da apelação. O reverso da moeda estará na possibilidade de o réu postular seja deferido efeito suspensivo à apelação (op. cit., n. 10.2.5, p. 98-99).

15. A necessidade de garantir o acesso pleno e útil à Justiça manda que não se ponham obstáculos ao pedido de antecipação de tutela *também a partir de posteriores momentos no curso do processo, e inclusive nos subseqüentes graus de jurisdição*; assim, “mesmo depois de proferida a sentença de mérito, é mais do que razoável entender que permanece a competência do juiz de primeiro grau para apreciar pedidos de antecipação tutelar, desde que os autos ainda estejam em seu poder, não havendo sido remetidos ao tribunal” (Cândido Rangel Dinamarco, *Ajuris*, vol. 82, t. 1, p. 289).

16. Causou alguma perplexidade a situação persistente durante o interregno entre a prolação da sentença e a protocolização do processo no segundo grau de jurisdição, ou entre a publicação do acórdão do TJ ou do TRF e o ingresso do recurso extraordinário ou especial no tribunal de destino.<sup>7</sup>

---

mal de um só ato processual reúnem-se, então, o julgamento do *meritum causae* e o da pretensão a antecipar, mas o que autoriza a pronta efetivação do direito é este, não aquele” (Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual*, São Paulo: Malheiros, 2001, vol. III, n. 918, p. 242). Na lição de Cassio Scarpinella Bueno, “se a tutela antecipada for analisada ‘dentro’ da sentença, o recurso interponível dessa parte (ou capítulo) da sentença é a apelação. Não há como fugir disso” (op. cit., n. 10.2.3, p. 95).

7. A respeito do tema, assinalemos criterioso estudo do Prof. Luiz Rodrigues Wambier, na coletânea *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*, sob coordenação de Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: Ed. RT, 1997, p. 358 e ss. Lembremos, outrossim, que em alguns casos o recurso é julgado e o resultado proclamado, mas (lamentavelmente) a lavratura do respectivo acórdão demora por meses e meses, impossibilitando assim a interposição do recurso. Nestes casos, processualmente patológicos, a melhor solução será postular a medida de urgência diretamente no próprio tribunal de origem, para apreciação pelo sobrejuiz competente para decidir quanto à admissibilidade do recurso extraordinário (*lato sensu*) em tese cabível contra o acórdão.

O STJ, em casos similares, tem excepcionalmente atribuído efeito suspensivo ao recurso especial *ainda não interposto*; em última análise, tem protegido *diretamente* o direito acobertado pela verossimilitude (MC 6.427/PR, j. 21.05.2003, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro; MC 6.826, rel. Min. José Delgado, j. 18.12.2003; AgRg na

Depois de muita controvérsia doutrinária, com as inevitáveis divergências jurisprudenciais, finalmente o STF proclamou, nas Súmulas 634 e 635, a orientação pela qual a competência para a concessão de *efeito suspensivo* a recurso extraordinário será da Corte Suprema *somente após a decisão, na instância de origem, pela admissão do recurso*; antes de proferido o juízo de admissibilidade, considerou competente o Presidente do Tribunal *a quo*.

Motivos de ordem pragmática, e de coerência jurisprudencial, aconselham o cumprimento, também no STJ e salvante os casos excepcionais, das regras sumuladas pelo STF nas Súmulas 634 e 635 (Athos Gusmão Carneiro, *Recurso especial, agravos e agravo interno*, 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011, n. 43, p. 121).

17. Tema interessante, o da repercussão dos embargos de declaração, pendentes de julgamento, na manutenção da liminar antecipatória, embora *de improcedência* o acórdão embargado.

Cumpre partir do aserto de que os embargos de declaração, no direito processual brasileiro, revestem-se da natureza jurídica de *recurso*, como tal arrolados no art. 496, IV, do CPC. Barbosa Moreira, embora reconhecendo que em legislações estrangeiras os remédios análogos ficam fora da categoria de recursos, conclui no sentido de que “a questão é pura e simplesmente de direito positivo: cabe ao legislador optar, e ao intérprete respeitar-lhe a opção, ainda que, *de lege ferenda*, outra lhe pareça mais aconselhável” (op. cit., n. 297, p. 544).

Para Adroaldo Furtado Fabrício, “é recurso, sim, porque a lei assim estatuí, mas recurso atípico, cujo tratamento exige especial cuidado (...)” (Embargos de declaração, importância e necessidade de sua reabilitação, in *coletânea Meios de impugnação ao julgado civil*, Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 53).

18. Em segundo lugar, nota-se que, atendidos determinados pressupostos, os embargos de declaração podem, sim, *modificar* o acórdão embargado (ou a sentença embargada). A pretensão da parte que embarga é, aliás, exatamente a de *alterar a decisão recorrida*, como exposto no art. 463, II, do CPC.

Frederico Marques, com remissão a Carvalho Santos e a Pimenta Bueno, referiu que “o juiz dos embargos não pode ir além do que o recurso permite, transmutando o reexame declaratório em infringente do julgado”. Todavia, segundo o mestre, isso não significa que a decisão dos embargos, *quando pro-*

---

MC 6.417/DF, j. 26.06.2003, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira; MC 10.739/CE, j. 17.11.2005, Min. Ari Pargendler; MC 13.103/SP, j. 07.08.2007, rel. Min. Herman Benjamin; MC 2.368/MG, j. 03.02.2000, Min. Cesar Asfor Rocha).

vidos, não implique em modificação da decisão embargada: “Desde que completou o acórdão recorrido, no que ele tinha de omissos, ou desfez suas ambiguidades, ou concertou as contradições ali existentes, claro está que algo foi inovado na decisão anterior”. Assim, a decisão dos embargos constitui “um pronunciamento integrativo-retificador” (*Instituições de direito processual civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1960, vol. IV, n. 1112).

19. A jurisprudência, aliás, com razoabilidade tem de certa forma alargado o âmbito dos embargos, admitindo-os, por exemplo, para a correção de *erros materiais*; e, ainda, não só para os casos de decisão *omissa*, como para os casos de decisão *ultra petita* ou *extra petita*, quando afigura-se igualmente evidente que os embargos declaratórios, uma vez providos, produzirão efeito modificativo da decisão embargada (STJ, EDcl no REsp 6.339/SP, 1.<sup>a</sup> T., j. 17.02.1992, rel. Min. Pedro Aciole, RSTJ 50/556; EDcl no REsp 400.401/RS, 3.<sup>a</sup> T., j. 25.09.2006, rel. Min. Gomes de Barros).

Nos casos de decisão *omissa*, pode inclusive ocorrer que, ao suprir-se a omissão e completar-se o *decisum*, algum outro aspecto da causa deva ser necessariamente decidido (REsp 63.558/SP, 3.<sup>a</sup> T., j. 18.06.1996, rel. Min. Eduardo Ribeiro).

Barbosa Moreira coloca, com sua habitual precisão, a controvérsia:

“Costuma asseverar-se que a decisão sobre os embargos se limita necessariamente a revelar o verdadeiro conteúdo da decisão embargada e não pode trazer inovação alguma. Formulada em termos absolutos, a afirmação comporta reparos. Na hipótese de obscuridade, realmente, o que faz o novo pronunciamento é só esclarecer o teor do primeiro, dando-lhe a interpretação autêntica. Havendo contradição, ao adaptar ou eliminar alguma das proposições constantes da parte decisória, já a nova decisão altera, em certo aspecto, a anterior. E, quando se trata de suprir omissão, não pode sofrer dúvida que a decisão que acolheu os embargos inova, abertamente: é claro, claríssimo, que ela diz aí mais que a outra. O que parece mais exato é afirmar, como fazia o Código baiano (art. 1.341), que o provimento dos embargos se dá ‘sem outra mudança no julgado’, além daquela consistente no esclarecimento, na solução da contradição ou no suprimimento da omissão” (op. cit., n. 304, p. 558-559).

Adroaldo Furtado Fabrício, com autoridade, anota que “casos há, e nem são raros, em que a supressão da deficiência apontada – contradição, obscuridade ou omissão – acarretará, talvez indiretamente, mas inelutavelmente, a alteração da substância da decisão”; e indica inclusive os casos de omissão, nos quais, providos os embargos, o suprimimento da omissão “necessariamente,

importa em incluir no decisório agravado um comando, ou um fundamento, ou certa referência a fatos, a direito ou a alegações, que lá não se achava. Esse acréscimo, por óbvio, constitui só por si uma alteração do teor do julgamento, que, portanto, resulta modificado (...)” (op. cit., p. 57). No mesmo sentido Egas Moniz de Aragão (*Sentença e coisa julgada*, Rio de Janeiro: Aide, 1992, n. 116, p. 162).

Barbosa Moreira é expresso, outrossim, em que os embargos de declaração, como os recursos em geral, salvo exceção expressa *mantém em suspenso a eficácia da decisão recorrida*. O efeito suspensivo dos embargos é afirmado também por Nelson Luiz Pinto (*Manual dos recursos cíveis*, 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2000, n. 7.3, p. 163) e, com muitas explicitações, por Teresa Arruda Alvim Wambier (*Omissão judicial e embargos de declaração*, São Paulo: Ed. RT, 2005, p. 77 e ss.).

21. Estando os embargos aclaratórios *pendentes de julgamento*, a situação é a seguinte: se vierem a ser providos os embargos, ocorrendo então o suprimento das omissões e o saneamento da contradição suscitados no recurso, haverá a *integração*, pois o acórdão dos embargos implicará na *modificação do acórdão recorrido*; caso não conhecidos ou não providos os embargos de declaração, o acórdão recorrido permanecerá inalterado, e o efeito integrativo não se irá operar.

Isso leva a uma inelutável conclusão: o recurso de embargos declaratórios a acórdão, quanto a seus efeitos, mantém os adotados no recurso de apelação. Se a apelação foi aceita no duplo efeito, *a suspensão da eficácia da sentença permanece enquanto pendentes de julgamento os embargos de declaração*.

Não será demasia sublinhar que a maior elasticidade conferida aos embargos, nos casos de erro evidente ou de manifesta nulidade do acórdão embargado, representa enorme economia de tempo e maior prestígio para a Justiça, que só terá a perder com o trânsito em julgado de acórdãos proferidos por equívoco manifesto (Theotonio Negrão, *Código de Processo Civil comentado*, 43. ed., São Paulo: Saraiva, 2011, glosa 6 ao art. 535).

22. Cuidando especificamente da *ação de mandado de segurança* e, como exposto, enquanto pendente recurso a sentença denegatória é reformável e, como tal, nenhum efeito produz relativamente à suspensão provisória do ato impugnado. A matéria é eminentemente controvertida, e devemos, neste passo, inclusive reexaminar posições adotadas em sede doutrinária.

Expõe Cassio Scarpinella Bueno que “por definição, o efeito suspensivo da apelação impede que a sentença produza seus efeitos, *inclusive o de revogar ou cassar liminar anteriormente concedida*. A questão, importa destacar, não pode e não deve ser analisada isoladamente, levando em conta apenas a perspectiva (correta mas insuficiente) do aprofundamento da cognição judicial ao longo do processo. Seu enfrentamento deve considerar *também* a aptidão de a sentença produzir seus efeitos de *imediato*, prevalecendo, por isso mesmo, sobre



a anterior decisão jurisdicional” (A Nova Lei do Mandado de Segurança, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 113) (grifamos).<sup>8</sup>

Realmente, o efeito *apenas devolutivo* é atribuído às apelações interpostas contra sentença *concessiva* de segurança, notando-se que o § 3.º do art. 14 da Lei 12.016/2009, reforça a imediata executóriedade da ordem judicial.

Mas, em se cuidando de sentença *denegatória da segurança*, a revogação da decisão liminar antecipatória pelo *comando contido na sentença de improcedência do mandamus só se verificará após o trânsito em julgado de tal sentença, ou após ser confirmada (se o for) no tribunal de segundo grau*; e diga-se que poderá ainda, *caso interposto recurso especial ou recurso extraordinário*, a eficácia da liminar persistir em decorrência do acolhimento de petição nesse sentido dirigida ao STJ ou ao STF.

23. Afigura-se manifestamente contrário aos pressupostos constitucionais do mandado de segurança o admitir, como regra, que a sentença de improcedência produza a *imediata* insubsistência da liminar; e esta afirmação impõe-se ainda que da decisão monocrática conste sua expressa revogação.

Com efeito, não é aceitável, quer no plano jurídico quer sob o aspecto fático, a perspectiva de que o tribunal venha a reformar a sentença e a conceder a segurança e, mesmo assim, possa ser posto na contingência de declarar prejudicado o cumprimento da ordem porque já irreversivelmente consumados os danos que se queria evitar. Lembremos, v.g., a hipótese em que, após concedida liminar, venha a ser indeferida no juízo de primeiro grau a segurança postulada por candidato impedido de participar de concurso público; caso concedido o *mandamus* em segundo grau, como ficará a situação do impetrante, se o concurso do qual fora excluído já estiver em pleno andamento, ou até já concluído? E se o impetrante houver postulado a manutenção do fornecimento de medicamento de uso contínuo, tido por indispensável à sua sobrevivência? A privação do medicamento durante o tempo de pendência da apelação poderá já ter causado, embora o acórdão em seu favor, danos irreversíveis à saúde do enfermo.<sup>9</sup>

8. Reiteremos, ainda, que a própria expressão *efeito suspensivo* é de certo modo equívoca, eis que mesmo *antes* da interposição do recurso, e pelo simples fato de estar-lhe sujeita, a sentença era ato *ainda ineficaz*; assim, a interposição apenas prolonga tal ineficácia, que cessaria se o vencido “não interpusse o recurso” (José Carlos Barbosa Moreira, op. cit., n. 143, p. 258).

9. José Roberto Bedaque alude ao ponto de vista majoritário de que, com a interposição de apelação sob o duplo efeito, a tutela antecipada antes concedida não será cassada imediatamente, pela *ineficácia* da sentença na pendência do recurso. Todavia, considera ele melhor o entendimento segundo o qual “o efeito suspensivo do recurso

24. Não cabe, *permissa venia*, argumentar com a antiga Súmula 405 do STF, segundo a qual “denegado o mandado de segurança pela sentença, ou no julgamento do agravo, dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária”.

Assim é que o STJ decidiu que a incidência e aplicação desta súmula “enseja ressalvas, porquanto se apoia em precedentes julgados anteriormente à vigência do atual CPC, que deu nova sistemática e dimensão às medidas cautelares, e não considerou a legislação superveniente relativa à matéria. A regra a ser observada é de que a *eficácia da liminar pode ser suspensa, revogada ou mesmo restabelecida*, tendo em conta o caso concreto e os parâmetros legais de regência” (RMS 2.438/MS, 2.<sup>a</sup> T., j. 29.11.1993, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro) (grifamos).

A Súmula 405 do STF “não pode mais prevalecer”, tendo em vista a *potencialização* do Código de Processo Civil e a valorização do sistema processual em prol do resguardo *in natura* do bem tutelado, nada obstando que o juiz venha a receber a apelação com efeito suspensivo, ou que o faça o tribunal, para, inclusive, preservar o resultado útil do julgamento da apelação, “ressalvando-se com isso, inclusive, a fonte constitucional do mandado de segurança” (Cassio Scarpinella Bueno, *Liminar em mandado de segurança*, São Paulo: Ed. RT, 1998, p. 291).

25. No clássico magistério de Hely Lopes Meirelles, o só fato de o julgador *denegar a segurança*

“(…) não importa afirmar a desnecessidade da liminar, porque ela visa a preservar os danos irreversíveis para o impetrante, e esta possibilidade pode subsistir até que a sentença passe em julgado, negando o direito pleiteado. Enquanto *pende recurso, a sentença denegatória é reformável e, como tal, nenhum efeito produz com relação à suspensão provisória do ato*. O que sustenta ou invalida a liminar, a nosso ver, é o pronunciamento autônomo do juiz sobre sua persistência ou insubsistência” (*Mandado de segurança*, 31. ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 91) (grifamos).

---

atinge apenas a tutela principal, não a cautelar”; reconhece, todavia, que tal exegese parte do pressuposto de que a antecipação de tutela reveste-se de natureza cautelar, admitindo que o autor poderá dirigir-se ao Tribunal, conforme o art. 800, parágrafo único, do CPC pleiteando novamente a concessão da tutela antecipada: “Isso, evidentemente, para quem entenda tratar-se de medida com natureza cautelar”. Esta afirmação, no entanto, de que a tutela antecipada constitui uma modalidade de medida cautelar, “é controvertida e rejeitada pela maioria da doutrina brasileira”, como escreve e reconhece o ilustre processualista (*Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência cit.*, p. 395-396).

Destarte, face às muitas controvérsias surgidas sobre o tema, e elidindo possíveis objeções e percalços, será quando menos prudente que a parte, ao apelar da sentença de improcedência da demanda, *solicite que ao recurso seja deferido, expressamente, o duplo efeito*; e isso se torna essencial quando o prolator da sentença nela haja inserido a cláusula expressa de revogação da tutela liminar.

26. Impende reiterar que, para efeitos recursais, a sentença é formalmente una e indivisível, não podendo uma parte ser impugnada por agravo e outra por apelação ficando, pois, afastado qualquer eventual argumento no sentido da *preclusão* da questão procedimental. Não se cuida, repita-se, de uma decisão de mérito e de uma interlocutória à mesma acoplada.

Como escreveu Cândido Rangel Dinamarco cuidando de tema semelhante – o da concessão de tutela cautelar na própria sentença, o ato processual proferido pelo juiz é um só, a sentença, este é o ato pelo qual o procedimento em primeiro grau tem seu fim, pouco importando os possíveis vários conteúdos (Tutela de urgência, *Revista Jurídica*, vol. 186, p. 18, ago. 2001). Segundo Eduardo Arruda Alvim, diante do princípio da unirrecorribilidade ou singularidade recursal, “seria verdadeiramente absurdo supor que a sentença no bojo da qual se antecipe a tutela pudesse ser impugnada, simultaneamente, por dois tipos de recursos diferentes” (op. cit., p. 241).

27. Vamos supor que o magistrado titular do juízo, atendendo solicitação do recorrente, ou de ofício, *haja expressamente deferido o duplo efeito à apelação interposta contra a sentença de improcedência da ação de mandado de segurança*.

Poderia fazê-lo? Certamente que sim. Nos termos do art. 518 do CPC:

“Interposta a apelação, o juiz, declarando os efeitos em que a recebe, mandará dar vista ao apelado para responder.”

Em recebendo a apelação, cumpre ao juiz declarar-lhe os efeitos: suspensivo e devolutivo, ou somente devolutivo, conforme o caso (art. 520, CPC): “Se o órgão judicial erra na declaração, atribuindo ambos os efeitos à apelação que só tenha o efeito devolutivo, ou vice-versa, cabe agravo: aqui também não se trata de despacho, mas de decisão acerca dos efeitos em que a decisão é recebida” (José Carlos Barbosa Moreira, op. cit., n. 252, p. 460). O art. 522 do CPC é expresso quanto ao cabimento, nessa hipótese, do agravo por instrumento; não interposto, a *decisão preclui*.

28. Por todo o exposto, é possível concluir que:

I. a antecipação dos efeitos da tutela pode ser concedida *antes* do ajuizamento da demanda (em procedimento preparatório); ou, mais comumente, como provimento *liminar*, requerido na petição inicial; ou posteriormente, *no curso da demanda*, inclusive estando o processo já nas instâncias recursais; ou por *ocasião da sentença ou do acórdão* (e inclusive em embargos de declaração;

REsp 279.251/SP, j. 15.02.2001, rel. Min. Ruy Rosado); ou, por fim, até *perante os Tribunais Superiores*.

II. a *sentença de procedência da demanda*, sob cognição exauriente, opera a conversão da tutela antecipada e provisória em tutela final e definitiva;

III. a *improcedência da demanda* implicará revogação da decisão antecipatória de tutela, salvo se o juiz vier a restaurá-la ao atribuir efeito suspensivo à *apelação interposta pela parte autora*;

IV. em princípio, a *apelação interposta da sentença de improcedência* possui o *duplo efeito*; portanto, em face do efeito suspensivo, pendente o recurso ficarão suspensas as eficácias todas da sentença, inclusive a eficácia declaratória negativa e a eficácia de desconstituição da medida antecipatória;

V. o juiz da sentença é competente para declarar ou fixar os efeitos em que recebe a *apelação*; se a receber com o duplo efeito, e no curso do processo houver sido deferida antecipação da tutela, o efeito suspensivo necessariamente implicará a *manutenção da eficácia da decisão concessiva da medida antecipada*;

VI. o art. 14 da Lei 12.016/2009 – Lei do Mandado de Segurança, conserva a *apelação* como recurso cabível contra *sentença denegatória de segurança*; assim, a regra do duplo efeito elide a produção de qualquer eficácia inerente a tal sentença;

VII. os embargos de declaração *mantêm em suspenso* a decisão revocatória da liminar, como exposto no item 21. Portanto, enquanto pendente a *apelação* e pendentes os embargos, a *sentença de improcedência do writ* nenhum efeito produzirá relativamente à suspensão do ato administrativo impugnado no *mandamus*, máxime se o próprio juiz de primeiro grau expressamente deferiu à *apelação* o *duplo efeito*.

29. Outro tema relevante é o da concessão ou manutenção da liminar antecipatória, quando pendente *recurso de natureza extraordinária*.

Partamos do asserto de que os recursos, como sabido, podem ser classificados em *comuns* e *extraordinários*. Os primeiros respondem imediatamente ao interesse do litigante vencido em ver reformada a decisão que o desfavoreceu e, via de regra, dependem apenas do fato processual da sucumbência; os recursos extraordinários, no direito *brasileiro*, são interpostos no mesmo processo e atendem ao interesse de ordem pública em ver prevalecer a autoridade da Constituição e das leis (e tratados) federais.

Com a Constituição de 1988, o recurso extraordinário previsto na Constituição anterior foi desdobrado em *recurso extraordinário* estrito senso e *recurso especial*, aquele com julgamento pela Corte Suprema e voltado à guarda das normas constitucionais quando ocorrente a *repercussão geral*, e este reservado à tutela da lei federal e dos tratados, com julgamento pelo STJ.

A *tutela antecipada* pode ser requerida, tendo em vista as circunstâncias do caso concreto, em qualquer momento no *curso do processo*, quer na instância de origem como pendente recurso ordinário e, até, recurso de natureza extraordinária.

30. Aliás, já aludimos à perplexidade surgida a respeito de como proceder quando a medida fosse postulada no interregno entre o acórdão e o ingresso do recurso especial no STJ ou do recurso extraordinário no STF. A princípio, em sede doutrinária sustentamos que, com aplicação analógica do art. 800, parágrafo único, do CPC, a medida deveria ser postulada diretamente no Tribunal Superior.

Todavia, esta orientação restou superada, pois prevaleceu na Corte Suprema o entendimento de que “não compete ao Supremo Tribunal Federal conceder medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso extraordinário que ainda não foi objeto de juízo de admissibilidade na origem” (Súmula 634), ficando resolvido, outrossim, que “cabe ao Presidente do Tribunal de origem decidir o pedido de medida cautelar em recurso extraordinário ainda pendente do seu juízo de admissibilidade” (Súmula 635).

O STJ veio, em linhas gerais, a ajustar sua jurisprudência à do STF. Aliás, em situações excepcionais, arestos do STJ têm admitido a concessão de medidas liminares até para atribuir *efeito suspensivo a recurso especial ainda não interposto*, isso para coibir abuso manifesto e teratologia, inclusive em casos em que o tribunal de origem retarda patologicamente a redação do acórdão (MC 6.427/PR, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, RSTJ 172/383; AgRg na MC 6.033/DF, j. 18.02.2003, rel. Min. Luiz Fux). E a medida acautelatória já foi admitida em caso em que o tribunal de origem ainda não havia sequer julgado o recurso ordinário, *sonegando propositadamente a prestação jurisdicional* (MC 2.368/MG, j. 03.02.2000, rel. Min. Cesar Asfor Rocha).

31. Tendo em vista a possibilidade de interposição de recurso extraordinário ou de recurso especial, podemos atualmente sustentar que:

a) depois de proferido o julgamento colegiado suscetível, em tese, de ser impugnado por recurso especial ou extraordinário, e *enquanto se aguarda a redação e publicação do respectivo acórdão*, um excepcional pedido de antecipação dos efeitos de tutela recursal, ou de manutenção da tutela antecipada já antes concedida, deverá ser apresentado ao Presidente (ou Vice-Presidente) do tribunal competente para proferir o juízo de admissibilidade do (futuro) apelo extremo;

b) depois de protocolado o apelo extremo na Secretaria do Tribunal de Justiça ou do Tribunal Regional Federal, igualmente o aludido requerimento será apresentado ao Presidente do tribunal de origem, a teor dos enunciados sumulares já mencionados;

c) caso já proferido, pela Presidência do tribunal de origem, o juízo quanto à admissibilidade do apelo extremo, devemos distinguir:

c.1) se a Presidência do tribunal de origem proferiu *juízo negativo de admissibilidade* ao apelo extremo, e se tal decisão não for impugnada e assim *precluir*, o acórdão do tribunal de origem terá transitado em julgado, para todos os efeitos;

c.2) se, uma vez proferido *juízo negativo de admissibilidade*, a parte recorrente interpuser “agravo de admissão” (art. 544, CPC), a competência para conceder, *manter* ou revogar a antecipação de tutela transfere-se ao STF ou ao STJ (e o Ministro a quem for distribuída a petição ficará prevento para o julgamento do agravo de admissão e do recurso extremo, quando o processo chegar ao tribunal de destino);

c.3) caso proferido *juízo positivo de admissibilidade*, o requerimento relativo à *manutenção* ou *concessão* de antecipação de tutela deve ser protocolado diretamente no Tribunal Superior, e o Ministro a quem for a petição distribuída ficará prevento como relator do recurso; se o recurso já houver sido distribuído, a petição será encaminhada diretamente ao Ministro Relator;

c.4) em sendo o recurso extremo conhecido e provido, a *satisfação* já efetivada na tutela antecipada será incorporada à eficácia da declaração contida no acórdão do STF ou do STJ, e assim a *provisoriamente* na tutela será substituída pela *definitividade*.

## PESQUISAS DO EDITORIAL

### Veja também Doutrina

- A antecipação de tutela como instrumento de efetividade do processo e de isonomia processual, de Néelson Luiz Pinto – *RePro* 105/43;
- A antecipação da tutela. Interpretação doutrinária. Evolução e prática em quase quinze anos de vigência, de Ernane Fidélis dos Santos e Ivana Fidélis Silveira – *RePro* 166/297; e
- Antecipação de tutela recursal à luz das recentes reformas do Código de Processo Civil: breves comentários, de Daniel Penteado de Castro – *RePro* 159/355.

### Veja também Jurisprudência

- Concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário antes do juízo de admissibilidade: *RT* 870/151; e
- Medida cautelar em recurso extraordinário para concessão de efeito suspensivo: *RT* 854/106 e *RT* 850/174.